

熊本大学学術リポジトリ

Kumamoto University Repository System

Title	刑の量定：アメリカを中心とした量刑改革概観
Author(s)	中村，秀次
Citation	熊本法学，60：55-82
Issue date	1989-06-30
Type	Departmental Bulletin Paper
URL	http://hdl.handle.net/2298/11980
Right	

刑の量定

— アメリカを中心とした量刑改革概観 —

中 村 秀 次

目 次

一 まえがき

二 本 論

(一) 量刑思想の変遷

(二) 英国のケース・ロー・モデル

(三) 立法的原理宣言モデル

(1) ドイツ方式

(2) 北欧方式

(3) 補助方式

(四) アメリカの改革モデル

(1) アメリカ量刑思想の変遷

(2) 立法的固定刑方式

(3) パロール規準方式

(4) 量刑委員会方式

三 あとがき

—

本稿は、今世紀七〇年代以降のアメリカの量刑改革の動きを中心に据えながら、同時に量刑改革の理念と諸方式を、特に決定性および公正さという視点から概観するものである。全般的な量刑論に至るほんの素描にすぎないが、ここでは、本質的にリベラルな最近の量刑改革論議の眼目がそこから感じ取られることで一応満足しなければならぬ。

ドイツ的量刑論は、極めて緻密な理論の筋が張りめぐらされた蜘蛛の巣のように、対面する者の眼をくらますようであり、刑罰論、責任論、犯罪論の精緻な体系論議と絡まり合った膨大な概念の土積を前にしては、そこではもう総ては論じ尽くされてしまったといったような空虚な印象さえ与えられるものである。しかも、その成果の現実的表層と真相の乖離、論議する主体自体の概念化現象、社会的次元とその他の次元・共同観念領域と私的観念の領域との配線の粗略さ、日常生活の危うさというものが看取されるに至っては、根本的懷疑の念を幾度かは抱かざるをえないであろう。法的概念の一種の独自性であり、専門性の一つのあかしであり、長所であると思なされてきた、そのような特性は、乏しいと言われる我国の量刑論の背景にも伝播せずにはすまないであろう。そして、表向きの平静さ、問題のなさのように見えるところの実態は、多く、人々の受認、容認、諦念、無関心対応、或いは専門的優越性と裏腹の

知的仰向性の上に存置されてきたのではないかとの印象を受ける。そのようなとき、やや粗々しさや失敗等はあっても、生きた思想の表出・見本として、アメリカの量刑改革の試みが新鮮に映ると共に、個人の尊厳と社会の公平の観念の現代的理想の具体化への努力として、多くの学ぶべきものがあるように思われる。

二

(一) 一般的に受け入れることのできるような量刑理論を展開することに対する主要な障害は、刑罰目的をめぐって歴史的に一致が見られなかったということではないか、と指摘されてきたところである。⁽¹⁾

古代における量刑法は、大体応報と被害賠償を中心とするものとされる。著しい例は、バイブルの法やハムラビ法典の中に見られる。

近代においては、量刑思想も変遷を遂げた。ただ、その内容は諸国の事情によって必ずしも一様ではないか、一様ではないように見える。近代的量刑改革の理念は、世界思想的には矢張り「古典的刑罰学」と称されるベッカリアないしベンサム等にまでたどられる。ベッカリア、ベンサムの提案した量刑の根拠づけは、まさに功利主義的なものであった。犯罪とそれに対応する刑罰についてのその定率評価の考え方は、犯罪予防的に基礎を置くものであった。彼らの想定する人間像は、同一利益の追求のためにも大きな罪よりむしろ出来る限り小さな罪を犯すことを選択する目的合理的な理念型であった。こうして、犯罪の重さに従って刑罰も等級化されるべきものとなる。そうすれば犯罪者も強盗よりも窃盗を犯すことを選択するであろう。処罰に当ってこのような比例の原則が守られないとすると、誤った抑制構造が生み出されることになり、その場合、犯罪者は軽い犯罪と同程度に、あるいはそれ以

上に重い犯罪を犯すことになるであろうと、ベッカー⁽³⁾の推論は、そうなるはずである。この古典主義刑罰改革論の中で、今日重要な理念として認識されるべきことは、その刑罰等級化の図式であり、犯罪と刑罰の均衡性の追求、犯罪と刑罰をめぐる明確性・決定性の考え方である。

次に、量刑の理論と実務におよぶ改革運動は、一九世紀末より顕著となった。これはまた周知の通り別様の理念と信念に導かれたものであった。その現われ方はまた英米、北欧、ドイツ、我国では夫々に異なるものがあつたが、実務上も明白な形態を自覚して現われた一例は、アメリカの刑罰社会復帰主義のシステムであつた。これは、裁判、矯正実務における自由裁量の量刑として、量刑の実質的なし公式的非決定性として発現した。この非決定性をどう見るかは一個の問題であり、最終的決着には程遠い普遍的対立点の一つであろう。刑の決定に當つての全般的な自由裁量は、二十世紀においても六十年間あるいはそれ以上にわたつて支配してきたし、あるいは支配している。西欧においても、各國の刑法典は一般的に量刑に當る裁判官に広範圍にわたる判断の余地を与えてきたが、特にアメリカにおいては、その裁量権の行使の幅はなお広範であつた。

量刑改革論議の中で現われる今一つの対向的視点は、立法による刑の画一的固定化という機械的考え方であり、既に古典的刑罰論の中にも現われていたものであつた。

以上の二つの視点、無拘束的量刑裁量の考え方と絶対的量刑拘束の考え方との間で現実的な選択方式を模索するということが、制度論としては取り上げるに値する今一つの一個の視点というものであらう。諸国において、そのような努力ないし方策は、これまで各種様式において試みられ、あるいは積み重ねられてきたかも知れないが、何よりも改革運動としての熱意・集中の度合いでアメリカの例に優るものは少ないであらう。この熱中というものは、時には軽薄さの表われと受け取られる向きもあるが、繰り返し言うように、少くとも熱中の基底には生きた知識への志向と

いうものが看取されるし、究極的に人間の尊厳の存在理念と連脈するものがあるということによっても救済されるであらうし、その中にある理論的萌芽の現実的実効性の強みは、危うくはあるが、無視されることのできない普遍的意味を担うことができるものであらう。

(二) さて、先ず第一に英国の判例法方式はどうであらうか。若干の英国の学者は、上訴審による量刑の審査が制度化されてきた所では上訴裁判所自ら個々の事件の量刑に当る裁判官のために指導となるものを作成することができ、イングランドはこの試みに成功してきている、と論じている。⁽⁴⁾

併し、英国の量刑審査機構は、英国裁判制度特有の系統上の「弱点」を有している。例えば、被告側のみによる一方的上訴制の下では、寛大な刑は「不当」だと思われたとしても上訴されることがないことを意味しており、判例法の発展を阻害することがあるであらう。⁽⁵⁾

もっと根本的な非難点はこうである。上訴裁判所は、外部からの指導となるものなしに判断を下すことを許された場合、何も作り出さないというのではなく、或る種の性的ないし傾向的な罪刑の相關図表を構築し始めるであらう、ということである。そこでは、原理化された解決策としての、体系組織的に考えぬかれた正当化根拠によって裏打ちされた刑罰定率表というものは欠落することになりがちである。例えば、偽証罪に関する英国の全上訴事件の調査研究によっても、実刑を正当化する理由は不透明であった。一応控訴裁判所の正当化根拠は抑止であるように見えるが、ここには多くの問題がはらまれている。抑止効果については、学問的にもなお十分と言えるようなものは知られていないことが先ずある。人間のその測定能力の限界等について、裁判所はどの程度の反省と考察を加えているのか不明である。抑止論の諸問題を真面目に調査・検討することなしに、無前提的になし暗黙裡に又は強権的に、単に抑止ということに膠着することは、あるいは犯人の危険性や処遇可能性にこだわることは、実のところ情報としての内

容的価値に乏しいか、偏った結果しか生み出しえないであろう。ところで、英国の判例法の方角としては、控訴裁判所は基本的には様々の犯罪に対して抑止の観念ないしそれと類縁性をもった考え方に基づいて暗々裡に処罰基準を展開し、次に、その処罰の公定基準を修正ないし補正するものとして犯人の改善・矯正の可能性および予測される犯人の再犯の危険性等の事情を認容している、と言われる。併し、そのような類例は、量刑政策の目的と方向性についての持続的な批判的分析の所産である、とは言えない。

こうして、専ら上訴裁判所を主体として量刑指導をモデル化する方式には固有の困難ないし障害がある。裁判所は、一般的にはその論点に関して必要不可欠な知識・情報を持することがないであろう。伝統的に量刑が今なお幾分か神秘的・神技的な性格さえ帯びたものと観念されているような所では、なおさらに抑止、処遇・矯正あるいは危険性についての常識的信念というものは、普遍原理化された社会的観点からは、必ずしも正しいものとは言えない。刑罰（苦痛・非難）を所与とし、刑罰の公正な分配を前提条件として、この処罰の公正さの問題は、無前提的に当該国家・法域の社会状態の自然的環境の中で自ら解決に至るという事柄ではない、と認識されるに至っている。このため量刑政策の策定者は、量刑をめぐる文献、諸外国における量刑規制の様式について精通していることが基本的な事柄となる。裁判官は一般的に法制上、職制上当該事件の個別的处理に拘束されるものであり、量刑の理論と政策との錯綜した全容については恐らく認識することは不可能なことであろう。従って、その上で作り上げられた、言わば経験的見地・裁判官精神といったようなものは、大体において実際の穩便さは有すると認められても、基本的には一方向的な思い込みである外はないものであり、そういう意味での特殊的認識を反映するという外はないであろう。それが常態となっても、何とかうまくやっつけていける社会形態もあるであろうが、社会としてうまくいっているように見えるということとその個人各層の法的存在条件とは様々に異なるであろう。一般に現代においては、制度的暗然性、慣例的

便宜というものは一定の補償なしには一定層の個人に余分の負担、認受を強いるということが認識されるべき条件は満たされているはずである。

こうして基本的な点は、量刑目的・政策に関する見地・立場の問題である。量刑政策を設定するには、所謂包括的見地に立つことが必要とされる。如何なる正当化原理が支配すべきかを決定すること、様々の犯罪類型とそれに対する制裁の諸様式とを比較考量することが求められる。裁判所は、伝統的には包括的な量刑政策の根底に横たわる根拠を検討するという任務に適うように構成されたものではなく、個別事件か、精精のところ個別事件の類例性を視野に入れて判断を下すというにとどまる。⁽⁹⁾判例法システムによる歴史的経験の示唆するところは、即ち裁判所は一般的に法律によって判然と確立された明白な、⁽⁹⁾一般的政策目的に従ってその固有の任務を遂行すべきである、ということであろう。

(三) (1) (ドイツ方式) 法律の明文によって裁判所の量刑の指導となるものを提供するという方式は、ドイツなどの伝統的な大陸法系の国で試みられた(我國の刑法改正草案の明文文化もその一例である)。⁽¹⁰⁾併し、その立法による量刑目的の宣言というものの結果は、全般的には世界的視野では必ずしもよい評価を得ていない。何よりもそこからは量刑改革の現代的根拠性の意味が必ずしも浮かび上ってこないことが指摘されよう。⁽¹¹⁾法概念化、法理論の骨格が余りに固すぎるという伝統のせいであろうか。思考の上下指向的組織化の習性がなお根強いためであろうか。とも角、立法による量刑目的宣言の方式は、これまでも大体價例的に幾つかの潜在的に衝突し合うような諸刑罰目的を並列ないし列記するものであった。従って、裁判所に対して量刑判断に当っての明白な指導となるものを提供することは難しい。それでもなおその方式に固執されるのは何故か。外に何も無いからというのとは正当な理由とはならない。外のものよりましだというのは一応の理由とはなりえようが、それなりの根拠ある証拠を明確に示し、証拠検討の過程を説明する

手続をとることが必要であろう。更にはまた、そのようなこともしないということ、そこにこそむしろこれら方式の意趣があり、暗黙の共益的前提があるのかも知れない。

さて、ドイツ刑法典四六条一項は、「行為者の責任は刑の量定の基礎である。刑が社会における行為者の将来の生活に与えると期待しうる効果を考慮するものとする」と規定する。⁽¹²⁾これは、二つの刑罰目的観の争論の所産であった。一方は釣合(罪刑の均衡)と、デザート(応報)を強調し、他方は特別予防を強調したものである。前段は均衡・応報の刑罰観と一致し、犯罪行為の重さを強調するものであり、後段は、行為者の将来の行態の予測、改善・リハビリ面を強調する。両者の間には周知の緊張関係がある。犯罪行為の重さに対して均衡を保った公正な処罰は、行為者の将来の危険性を予測して加えられる処罰と必ずしも一致するものではない。同条項は、これらの見解の相関的優先性を必ずしも明瞭に指し示すものではない。こうして、ドイツの量刑理論は、その量刑の政策目的の取り扱いの曖昧さを脱しきれていない。⁽¹³⁾立法による量刑目的の宣言が有用であるのは、その目的・原理が論理一貫しており、相互に衝突する可能性にさらされていない場合のみであるとすれば、一つの目的・原理が第一次のものとして選ばれる必要がある。⁽¹⁴⁾

(2) (北欧方式) 立法による量刑目的の宣言で、しかも一つの目的を選択する意思を明瞭に表示するやり方は、北欧諸国に見られる。北欧諸国においても、アメリカと同様に量刑思想は過去十余年におよんで注意すべき変遷を見せた。その動きは、言わば「実証主義」⁽¹⁵⁾の量刑観念からの離脱であった。量刑の不定期性・非決定性からの離脱であり、量刑の根拠理論としての将来の犯罪性の予測思想、所謂社会復帰思想からの離脱ということである。犯罪行為の重さに比例する処罰を強調する所謂新古典主義の量刑理論への支持が有力となってきた。この思想動向は、フィンランドにおいて最大の影響力をもち、フィンランドでは新古典主義が公式の政策となってきたと評されるに至った。⁽¹⁶⁾

一九七六年に改正されたフィンランド刑法典は、「刑は犯罪行為によって惹起された侵害および危険、犯罪行為に表われた行為者の責任に正当に比例するように定められるものとする」と規定する。⁽¹⁷⁾ 同法典のこの条文は、刑の選択のための単一の指導原理、即ち北欧諸国で比例性と呼ばれ、アメリカで釣合・デザートと呼ばれている原理を表明している。刑は行為者の罪の重さと釣合うべきものとされる。同法典はまた、罪の重さを決定するに当って依拠すべき要因として、行為の侵害性と行為の有責性とを特定している。危険はただ行為の潜在的侵害性に関連する限りにおいてのみ考慮される。行為者が将来において犯罪行為を犯すことの危険という因子は、意図的に排除されている。これは、同法に減輕事由として掲記されている（Chap. 6 § 3）幾つかの要因、即ち圧迫、強制、責任能力の限定、異常な誘引、罪へ導く強力な人間的同情、任意の中止行為等の理解と一致する。併し、以前の犯罪経歴の評価に関しては不分明さが残されている。同法の加重事由の規定（Chap. 6 § 2⁽¹⁸⁾）によれば、以前の有罪決定によって行為者が明らかに法の禁止命令に不注意であると判断される場合には、刑が加重される。釣合・応報（デザート）論は、行為者の犯罪経歴に限定的な注意が向けられるのを許容するのは確かであるが、⁽¹⁸⁾ フィンランド刑法の当該条文が犯罪経歴にどれほどの重要性を割り当てるのか判然としないし、不注意という要素の判断様式も明らかでない。

このような「弱点」はあるとしても、フィンランドの方式は、ドイツ刑法のやり方よりも明瞭である。裁判官は、主要に犯罪行為の重さに従ってその量刑判断を行うべきであって、応報、行為者の処遇可能性ないし再犯危険性というような諸要因相互間の非定型的な結合基準なるものによって判断すべきものではない、ということが明白に説示されている。それにも拘らず、フィンランド法は多くの不特定要素を残している。上述の犯罪経歴の役割の不明確さの外に、有罪決定された者を刑務所に入所させるか否かの決定的論点に關しては殆ど何も述べられていない。恐らく先の量刑原理は、原理としてではあるが、裁判所に対してそのような重要な事柄に關して指導となるものを与えること

ができると考えられたのかも知れない⁽¹⁹⁾。確かにフィンランドでは、そのような推測も可能かも知れない。併し場合によって懸念は残る。そして、それとの関連でスウェーデンの立法作業が参考になる。スウェーデンの関連草案は、立法によって量刑原理が十分に宜明された場合の姿を呈していると見られるからである。

スウェーデンの関連する量刑条項は、一九八六年にブリズン制裁に関する委員会によって提案された⁽²⁰⁾。その基本的な考え方は、フィンランドの見地に類似するものであり、犯罪行為の重さに釣合う刑が強調される。刑は、通例、行為者の罪の「処罰価値」(重さ)に依存すべきものとされるが、それは、犯罪行為の侵害性および犯罪行為の中に現われた行為者の有責性によって決定される。そして、この一般原理は、特殊化された基準を伴っている。更にまたその量刑条項には刑務所入所の判定基準も含まれている。こうして、このスウェーデンの量刑条項は、フィンランド法の量刑条項よりもよりよく指導となるものを裁判官に提供することになる。そこから明確に判読される通り、量刑の第一段階として、各種犯罪類型一般の処罰価値(重さ)がその行為に典型的な侵害性と有責性を反映する様式で決定される。第二段階として、当該犯罪行為自体の処罰価値(重さ)が確定される。この際、幾分詳細に規定されている加重・減輕事情の存否、度合いが考慮される⁽²¹⁾。第三段階として、制裁の種類が選択される。処罰価値の高い(重大な)犯罪は、一般的に刑務所への入所を結果する。処罰価値の低い(軽い)犯罪は罰金相当とされ、中間領域のものは、その犯罪記録に依拠して多様な制裁が加えられることになるであろう。併し、犯罪経歴が入所期間の長さの決定に強い影響を及ぼすとは考えられない⁽²²⁾。また将来の犯罪行為の蓋然性が制裁の選択に当って考慮され得るのは限定された事情においてだけであり、しかもその点は明示されている⁽²³⁾。

ところで、スウェーデンの法制は既に上訴裁判所による量刑審査の規定を有している。それに加えて今回の草案は、刑罰目的を宣明し、適切な制裁形式を決定すべき枠組みを提供している。その段階的指導に従って量刑に関する判例

法が展開されることが期待されてよいであろう。⁽²⁴⁾蓋し、刑罰目的が確立し、量刑システム全体として量刑政策の方向性が明確に指示されているからである。併し、現代的量刑改革の根本的指向性として決定性（明確性）・公正さ（真実性）を重要視する立場からは、その立法による量刑原理宣言方式が実効性をもつためには、幾つかの条件がなお実質的に充足される必要があるであろう。⁽²⁵⁾第一は、起案者の問題である。起案者には後述の量刑委員会のそれと比肩し得るほどの、調査研究・検討に必要な十分の時間と専門知識が要求される。第二に、裁判所の責任の問題がある。この方式では、規準は単に量刑政策の方向を指し示すにすぎないので、裁判所（特に上訴裁判所）に実質的に重い責任が負われる。犯罪に対する刑罰の定率表を構築するという仕事は判例法を通じて行われねばならないため、裁判所はこの作業を遂行するための適性と有意性とを要求される。その適性・有意性の条件が実質的に充足されないと、立法によって宣言された刑の正当化根拠・量刑原理は無視されるか、あるいは何ら現実的な定率表は展開されないことに終るであろう。宣明されただけの量刑原理を論理適合的に（目的合理的に）解釈し、公正、明白に適用することは、性質上別の機関によって予め確定された制裁一覽表的なものを強制することより可成困難な事業であることが予想される。逸脱への誘引を醸成するような社会体制の下ではなおさらのことである。同じく、この立法による量刑原理宣言方式は、責任のある下級裁判所を必要とする。この方式は、本質的に「柔軟性」という利点をもつとも言えるけれども、それが長所であり続けるためには、個別事件の量刑に当って、協力的な、即ち法定の量刑原理宣言という鮮明な手綱によって指導されることに有意的な裁判官の存在が必要である。⁽²⁶⁾結局、立法による量刑原理方式の理想的な形は、一定のそれに相応した環境の中ではじめて最良の実効性を発揮し得ることになるであろう。

(3)（助言機関補助方式）尚、主に立法による量刑原理宣言方式の短所を補うため、助言機関による補助を考える見解もある。これによってより特殊化された技術的援助が得られるかも知れないが、その指針はあくまでも助言にすぎな

い。助言機関は、その組織・構成の点では量刑委員会に類似していても、その機能において重要な相違がある。即ち、この助言機関は、実務において受容可能な罪刑定率表（規準）を作成しなければならないという責務はないということである。このことは一面では、その意味はどうであれ、例えば理想的に宣言された法定の原理とつき間なく一致する犯罪の重大性評価を純粹に貫くこともできることを意味する。このように、助言機関の功用は、その機関を構成する者の人的性能に依存する度合いが大きい。その機関構成者並びに補助職員は、量刑裁量を構造化するという任務に共鳴することができ、その知識を有し、法定の量刑原理の中に具現された刑罰の正当化根拠を支持し得るものでなければならぬ。もしもその任務に対して共鳴することもなく、理解もない人々から成るとすれば、それは無用であるか、あるいは一層悪いであらう。⁽²⁷⁾

(四)

(1) (アメリカ量刑思想の変遷)⁽²⁸⁾ さて、アメリカにおける量刑の旧体制はどうであったか。刑の決定に当たつての一般的な自由裁量は、今世紀になってからでも六十年間以上を支配したと言われる。⁽²⁹⁾ アメリカでは、量刑に当る裁判官の判断の余地は西欧諸国等より一層広く、典型的には、制定法は諸犯罪に対してただ上限のみを設定し、裁判官はその限度内で刑の選択（罰金、プロベーション、ジェイル、プリズン）の自由を持たされた。プリズンに送られた場合、パロール部門は、特定期間（殆どの州は三分の一）経過後に自由に釈放日を決定できた。それらの広い範囲内では、量刑に関わる裁判官・パロール部門の決定を支配する規準はなく、その決定に対しては通例上訴は認められていなかった。この広範な自由裁量は、表面上社会復帰目的によって正当化された。⁽³⁰⁾ その不定期刑のための理論的基礎は治療モデル（医療モデル）として特徴づけられてきた。⁽³¹⁾ この見解では、犯罪は治療されるべき疾患として捉えられるので、不定期量刑の目的は本性上改善・矯正治療のリハビリ的なものとなる。この非決定性、広範な自由裁量は、犯人の改善・矯正処遇の必要性という名目の下に夫々適任とされる裁判官とパロール職員に委ねられたものではあったが、現実に

はそのような裁量は刑罰社会復帰思想の本意をさほど増進することにはならなかった。蓋し前提条件が実質的に充足されないままでは、その種の裁量は、個人としての裁判官およびパロール職員が欲するがままに行使できる空無な觀念に終るか、あるいは変質を遂げざるを得なかったからである。結局、それは個々の意思決定者の個人的趣好、個人的政策目的といったものの追求・充塲を許容するものとなった。⁽³²⁾ 併しながら、そのような難点は長い間看過されてきた。⁽³³⁾ 一九七〇年代の初めに裁量の量刑の迷夢から覚める動きが始まった。その一部は、刑罰の治療モデル（医療モデル）に対する懐疑ないし失望の念の高まりによる。⁽³⁴⁾ 実際的にも刑罰処遇がうまく働いているようには見えなかった。注意深い検証の結果からも、累犯に対して目立った影響力をもった処遇プログラムは希であると認識された。⁽³⁵⁾ 人間の改善可能性への信念の喪失が広範囲に自覚されるに至り、犯人に対して行動変化を強制したり、誘発しようとしたりすることの困難さが明白に覚知されてきた。⁽³⁶⁾ 更に社会復帰のための刑、改善・矯正刑と言われるものの公正さが疑問視されることになった。⁽³⁷⁾

刑罰社会復帰思想が支配力を失うにつれて諸他の刑罰思想が浮上してきた。一つの有力な刑罰思想は、犯罪行為者のデザート（釣合・応報）を強調し、その刑を犯罪行為の重さと比例させようとする。⁽³⁸⁾ 別の有力学派は、隔離（incapacitation）を強調する。⁽³⁹⁾ これは、行為者の犯罪経歴や社会経歴から再犯の可能性が確認される場合に刑を加える、というような考え方である。これらの学派はこの時点において、量刑のための明白な（explicit）規準を具体化するという点で一致した。即ち刑罰が行為者の犯罪行為の重さに基づけられるべきであるとすれば、行為の重さおよび適合的な正当な罰を評価面定するための明白に決定性をもった指針・規準はそれなりに可能である。また、刑罰が再犯の統計的蓋然性に基づけられるとすれば、そのような蓋然性と適当な隔離措置とを評価面定する指針・規準も可能なものと認められよう。⁽⁴⁰⁾

刑罰理論上の重点の変遷と共に、広範な量刑裁量そのものが熾烈な争点となった。指導なき量刑裁量権は刑の量定の不公正な食い違い（不同等性）を許容することになる、ということが認識され始めた。裁判官およびパロール職員は、明白な指針ないし規準なしに量刑に関して自由な裁量権限を与えられると、類似の事件に対して様々に異なる決定を下しがちである。そして、今やこれが必要な個別化とは見られず、不公平な不同等性と見なされることになった。実務上、様々の典型的事案に対して何らかの刑の通り、相場が作り上げられてきたこともあったように見えるが、それは統計的規範以上のものとはなりえない。個々の裁判官は自らの選択と判断で、何時でも如何なる理由でも、そのような規範から自由に離れることができる。⁽⁴¹⁾ そのような裁量的量刑は熟慮された政策目的によって指導・規制されることのない量刑を意味する。従来の構造化されない裁量的量刑システムの下では、一貫した量刑型式が求められることはなく、そのような型式を求めようとする賢明さないし実現可能性を考慮する機会もなかった、と批判された。⁽⁴²⁾

(2) (立法制の固定刑方式) アメリカにおいて、量刑裁量を規制しようという関心が高まったとき、主要に採用されたのは立法による固定刑方式であった。⁽⁴³⁾ 州の立法者は、犯罪を幾つかの範疇に分類し、様々の犯罪に対して詳細にわたる制裁を規定したことである。このシステムを採用した州には、アラスカ、アリゾナ、カリフォルニア、コロラド、イリノイ、インディアナ、ニュー・ジャージー、ニュー・メキシコおよびノース・カロライナがあった。カリフォルニア⁽⁴⁴⁾ は、一九七六年に Uniform Determinate Sentencing Law を制定してこのシステムの始動者となった。同法は、様々の重罪に対応する刑期を規定した。善時制はあったが、パロール釈放は殆どの場合に廃棄された。インディアナも同年に定期量刑法を採用した。同法は、四つの法定の重罪群に対して標準的刑期を規定すると共に、加重・減軽事由のある場合には刑の変更を認めた。パロール釈放は廃止され、善時制は二分の一短縮まで認められた。⁽⁴⁵⁾ これらの立法的規制方式の中で、最も複雑な様相を呈したのはカリフォルニアである。その量刑法典は当初明白な指導原理をも

っていて、プリズンへの収容期間は犯罪行為の重さに釣合うべきものとされていた。立案者たちは、罪の重さを反映するように罪を等級化する努力を行った。規定された拘禁期間は従来の標準的な入所期間を基礎において作成されたものであり、無差別的な刑の引上げの主張は排斥されていた。併し、やがてその当初の立法指針に見られる改革努力は衰退へ向ったようである。様々の犯罪に対して規定された刑期は引き上げられた。標準的な刑期の幅もそれを加重できる刑期の幅も共に拡張することによって、自由裁量を回復する多数の法案が採択されてきた。諸々の刑罰の間の釣合いのない統一性を保持しようという明白な関心は希薄なままに、これらのつぎはぎ的変更が加えられた。⁽⁴⁶⁾ 諸他の州の状況は更に芳しくなかった。例えば、インディアナの量刑法典は、性急な作業の下に多くの犯罪に対して苛酷とも言える刑を規定している。しかも、加重・減輕期間の選択について大幅な権限を裁判官に認め、大幅な善時制の適用を認めるか否かの判断を矯正当局に認めている。こうして、量刑裁量を限定するという目標は主張だけに終わっている、と評される。⁽⁴⁷⁾

決定性へ向う量刑改革努力の第一世代といわれる量刑の立法的規制方式には、多くの問題が付着することが明らかとなった。第一に、それは十分な考慮が加えられず、入念に仕上げられない傾向が見られた。規準の正当根拠についての一貫した言明は欠落しているのが通例である。犯罪の等級化は粗雑であり、行為者の犯罪経歴がどれほど重視されるべきかについては、特定されることなく放置されるのが度々である。標準的な定期刑が設定されても、加重・減輕事情の大幅な算入が許容され、しかもそれらの事情は大まかにしか規定されない傾向が見られ、相互間の論理的整合性を欠くことも指摘された。こうして容認される裁量の実質的拡張は、刑務所入所決定に関する規準の欠如と一体となつて、指導なき自由裁量的選択の余地を大幅に温存することになった。⁽⁴⁸⁾ 第二に、追跡作業の欠如があげられる。先のような事情で作成された最初の規準は必ずしも完全ないし十分であるはずがないのであるから、全体として実施経

驗に照して検討され、逐次改訂される必要がある。従つて、規準の適用を監視するための機構が不可欠のはずである。立法院はこのような任務には必ずしも向いていないし、そのような意思も恒常的に持ち合せているとは限らない。若干の州はこのような問題を認識して、助言機関を想定したが、その種の機関は既述の通り規準自体を改訂すべき権原を欠いており、また立法者の関心・賛同を得ることの困難さを認識して、一般的に休眠状態に陥るのが常である。⁽⁴⁹⁾第三に、言わば法と秩序の政治力学の問題が指摘される。立法者は性質上その選出母体の時事的な意向に極めて敏感であり、政治的に組織され、あるいは情報機構にのせられた公衆というものは、量刑の穏当化を主張する見解を支持するとは見られていない。こうして、殊に社会の治安状況等の如何によつて、刑の引上げを要求する政治的圧力は無視できない力を帯びるに至るかも知れない。例えば、カリフォルニアやイリノイ等では、一定種類の犯罪が取り上げられて、異常に厳しく処罰されたりする。⁽⁵⁰⁾そのような難点が明白に認識されるにつれて、量刑裁量の構造的規制、決定性をもった処罰規準への努力が続けられた。

(3) (パロール規準方式)一つの代案としてパロール部門による量刑・処罰指針の作成がある。⁽⁵¹⁾パロール積放は、歴史的に不定期量刑システムの中心的特徴をなすものであった。⁽⁵²⁾パロール部門は、総ての事案は特有の個性をもつものであり、それ自体の特殊性に従つて取り扱われねばならない、と主張した。早期に積放日を設定せず、受刑者が相当の期間居住するまでその決定は延期されるのが常であった。しかも、その期日は都合によつて何時でも変更され得るものであった。こうして、制度的にも伝統的にパロール部門は、積放に関する決定のための明白な規準を記述することに対して敵意を抱いてきた。そのためもあつて今回の量刑改革の動きの中で、幾つかの州では裁量的パロール積放は廃棄される運命をたどつた。⁽⁵³⁾一方、パロール積放がなお維持された所では、パロール部門は新たにより決定性をもつた刑の画定のための媒体となることもできた。即ちその積放決定のための明白な規準を記述することによつて、拘

禁期間を規制できるものと考えられたのである。一九七〇年代には連邦パロール・システムを初めとして、幾つかの州はパロールによる釈放指針をもつに至った。⁽⁵⁴⁾

一般的体裁として、パロール部門による釈放指針方式は量刑委員会による規制作成方式に類似するところが多い。大抵のものが二次元的座標構図を用いる。縦軸は犯罪重大性スコア、横軸は犯罪経歴スコアであり、幾つかの州では後者に社会経歴が追加される。夫々のスコアの接点の升目は勧告される刑期またはその幅を示し、加重・減輕事情が認定されればそこから離れることが許される。パロール指針は任命による専門化された小集団によって作成されることになるが、その構成体は量刑委員会同様政策目的と規準の様式化に十分に意を注ぐ潜在的能力が認められ、ある程度まで政治的圧力から絶縁される利点をもつ。⁽⁵⁵⁾パロール指針方式はまた、その起案者がその指針を実行するという特有の利点をもつ。量刑委員会方式と異なり、プリズンからの釈放に関して州全域に及ぶ管轄を有する同一機関が規準を書いて、それを個々の事案に適用する。従って、そのシステムが順調に機能すれば、その規準の実現可能性は極めて高くなるであろうことが予測される。⁽⁵⁶⁾このように意思決定過程が集約されているので、解釈によって規準がまちまちに変異していく可能性も低減し得るし、規準遵守の有無・度合いを審査する手続も簡便化できる。但し、その反面この方式は、規準遵守を厳しく監視する用意が十分に整っていることが大前提である。そのような用意も意思もないならば、この方式では外部の監視・審査システムもないままに、その部門が自らの代理機関の決定を自己審査するということになるため、誤りの発見が困難となり、あるいは不透明な「癒着」が日常化することが危惧される。そのとき長所は短所に転ずる。⁽⁵⁷⁾

パロール指針方式の固有の限界は、その規準は常に必然的にプリズン内での居住期間にしか向けられないことである。プリズン入所以外のシェイル収容、罰金、プロベーション等の措置はその権限外である。ある規制システムが量

刑において真に一貫性と釣合ひ・公正さを達すべきものとすれば、それらの決定もまた射程内に収められていなくてはならない。パロール指針方式は、そのような限界のために理想的な解決策ではありえないことになるのであるが、そこでも中心的なことは、即ちその指針は犯人を入所させるべきか否かについての裁判官の決定を規制することができるということである。パロール指針はまた多くの州においては、ただ部分的に拘禁期間を規制するだけである。

裁判官は、最初のパロール適格の日付の確定と刑の上限の決定とを通じて、あからさまに居住期間に影響を与えることができる。それ故に、この方式をとる場合には合せて裁判官の量刑決定等に対して明白な規程を設けておくことが必須である。⁽⁵⁸⁾ 結局、パロール指針は一定範囲で有効的ではあるが、ただその潜在的な可能性が実現されるかどうかは、パロール部門の能力とその量刑改革の指導理念たる決定性（人の支配ではなく法の支配）への志向性とに依存している。

(4)（量刑委員会方式）この量刑モデルは、基本的に三つの要素即ち量刑委員会、推定的量刑指針および上訴審による刑の審査を組み込むものであると言われるが、⁽⁵⁹⁾ その初期的理念の表明は Marvin Frankel に負っている。一九七二年に彼は量刑委員会の創設を提案した。⁽⁶⁰⁾ その委員会は、詳細な量刑指針を作成する権限を法律によって与えられる。それは、裁判官、検察官、弁護士、学者および一般市民より構成され、議会の助言と同意の下に行政部門の長によって任命される。委員会は、指針の起案に当っては、十分の時間と専門知識をもつこと、外圧から隔絶されていることが想定されていた。指針の実施後も、委員会の実施に関する情報を収集し、適宜修正を施すものとされた。量刑委員会の第一の使命は、量刑政策の将来的方向を決定することであった。その際、過去の慣行をも規範的に評価し、その合理性・公正さを評価することも含まれた。それらの政策論点にあからさまに目を向けることが肝要とされた。量刑指針は、裁判官の裁量を全く排除するものではなく、それに枠組みを与えるものと考えられた。裁判官は、規範適用の一般例通り指針を解釈し、適用するし、特定の事情があればそれから離れることができる。裁判官は、その指針の

下では、その行動・判断を指導するための明白な規準なしに人々の自由にかかわる決定を下すことを求められることはない。

このような提案の構想に基づいて、一九七〇年代の終りには幾つかの州が活動を始めた。ミネソタ、ワシントンおよびペンシルヴァニアは量刑委員会を設置し、その指針は今日実施されている。ニュー・ヨークとサウス・カロライナでは、量刑委員会は設置されたが、その指針は議会で退けられた。連邦犯罪に対しては、一九八四年の Comprehensive Crime Control Act によって合衆国量刑委員会が設置され、その指針は一九八七年に連邦法体系に組み入れられた。⁽⁶¹⁾

量刑指針の一般的型式としては、先ず指針は多数あって (numerical) 確定的 (definite) である。その一例としてこれまで用いられてきた注目に値するものは、量刑座標 (sentencing grid) を用いるものである。垂直方向 (犯罪行為スコア) は様々の種類の犯罪行為の重さを示し、水平方向 (行為者スコア) は犯罪経歴のような行為者の特性を示す。座標上と言わば処置 (入出) ラインが描かれる。その線より上にはプリズン制裁が規定され、その線より下方にはそれより軽い制裁措置が規定される。⁽⁶²⁾ 座標の中の特定升目の範囲は、通例標準的に適合する刑 (標準刑) を規定している。裁判官は、加重・減輕事情を考慮する際には、その範囲から離れることができるが、それはただ異例の状況で許されるだけである。しかも指針自体の中に加重・減輕事由が列記されることになるであろう (推定的量刑システム)。量刑指針システムの運用は、先ず上訴裁判所の審査を通して規整される。上訴裁判所は刑の上訴を審査する権限が与えられ、指針が守られているかどうかを判断する。明白な規準の存在は上訴審査を実質的なものにし得る。次に量刑委員会自体継続して活動を続け、フィード・バック機構を通して不断に指針を改訂することが予定される。

さて、量刑指針に基づくこの構造化された (structured) 裁量方式が当初の実際的目標の一つである刑の不同等性の

問題にどのように対処し得たかということは、基本的に刑の正当化根拠・量刑目的に依存する。犯罪経歴その他の社会経歴を判断基底に入れて評価を加えることも、量刑の政策目的の如何によって不同等ともそうでないとも言える。⁽⁶³⁾ここで先ず必要なことは、正当化根拠・量刑原理の確定であるが、それは従来の自由裁量的量刑制度においては一般的に欠落していたが、あるいは暗黙裡のものとしてしまひこまれていた。⁽⁶⁴⁾一貫性ということもまたそれだけでは制度の公正さなしいし合理性の保障となるものではない。ここでも必要なことは、刑の基礎についての熟慮⁽⁶⁵⁾された判断である。そのとき、原理上一貫性を保持しつつ不同等性を判断する規程の創造が可能となる。

それでは、今世紀七〇年代以降のアメリカの量刑改革運動の眼目を既述の通り決定性・明白性(determinacy・imply-city)と想定して、それを担うべき量刑目的・刑の正当化根拠の選択の問題は、量刑委員会方式ではどのように取り組まれたか。鈞合・デザートを強調する立場では、依拠されるべき主要因は当該犯罪行為の重さである。他方、隔離・予測を強調する立場では、行為者の犯罪経歴・社会経歴等の所謂再犯の危険性の指標とされる諸要因が重視される。委員会は必ずしもある一つの根拠のみを選択する必要はないが、混合的ないし折衷的方法が用いられる場合には、何れが目的が優位に立つかを決定しておく必要がある。⁽⁶⁶⁾量刑委員会は、この任務に適しており、十分の情報を得た上でシステム全体のための正当化根拠を考慮し、選択判断する性能を備えている。例えば、矯正・処遇を考慮するときは処遇効果の、犯罪抑止を考慮するときは抑止効果についての今日までの認識の全容とその限界について熟知し得るし、隔離・個別予防を考慮するときは再犯の予測についての広範な予測調査研究を検討し得るし、均衡・デザートを考えるときには鈞合・比例性に関する文献を検討できる。⁽⁶⁷⁾正当化根拠が公式化されると、委員会は依拠される要因の範囲、強調の度合いを特定することになる。例えば、ミネソタはデザートと隔離を考慮する所謂「修正されたデザート・モデル」を選択し、その要因として犯罪行為の重さと行為者の犯罪経歴を特定した。以上に基づいて量刑委員会

は言わば犯罪と刑罰の定率表、即ち多様な犯罪形態に通例相応すべき刑量に関して特定の指導となるものを展開することができる。実際的にはこれは委員会の最も骨の折れる仕事である。⁽⁶⁸⁾多様な犯罪行為が重大さに応じて等級化されねばならない。その際、広範多岐にわたる犯罪行為の侵害性と有責性とが評価されるであろう。行為者の犯罪経歴その他の関連する諸要因もまた等級化される必要がある。その上で通例規定される刑の範囲が決定されねばならないが、その際複合的な比較考量の判断が加えられよう。⁽⁶⁹⁾

立法的定期量刑システムに対する量刑委員会システムの優位性は、量刑指針を実現する際の実際の困難さによって幾分かは割引かれよう。量刑裁量を分配し直し、量刑目的に目を向け、量刑上の確実性と真実性（決定性・明白性と公正さ）を提供するような構造化された量刑指針を実施しえたと思われるのは僅かに二つの州（ミネソタとワシントン）にすぎなかった。フロリダとペンシルヴァニアで展開された指針はなお裏口の積放機構をとどめており、サウス・カロライナとニュー・ヨークにおいては、構造化された量刑指針を実現しようとする努力は失敗に終わった。⁽⁷⁰⁾

アメリカの量刑改革に関しては、周知のプリズン過剰拘禁の問題も明確に認識されねばならない。実際的に見て、過剰拘禁状態の下で裁量的釈放を限定・指導することは極めて難事であろう。過剰拘禁は、経験的に諸々の随伴機構（good time, meritorious credits, program credits, …）を招き寄せるものである。これらの機構は、量刑裁量を裁判官から矯正・パロール部門へと移し変えるものであり、プリズン収容人口抑制やプリズン管理手段としても用いられる。こうして、量刑における確実性と真実性（決定性と公正さ）、抑止と正当なデザート（just desert）は、プリズン人口統制・施設管理というより直接的な目標の影に隠れ、傍に押しつけられ、あるいは棚上げされてしまい、第二次的なものになってしまいがちである。⁽⁷¹⁾

量刑委員会の量刑指針システムを含めて、現在構成されている構造化された量刑システムの一般的不十分さ・欠陥

は、プリズン（所によりジェイルを含む）以外の制裁を十分に組み込み得ていないことである。その場合、制裁システム全体としての取り扱いの同等性は依然として残ることになる。

尚、量刑委員会方式に対する諸批判、特に憲法上の論点等については、別の機会に譲らざるを得ない。⁽⁷²⁾

三

アメリカの量刑改革に関する十余年の経験は次のように要約されよう。量刑指針方式は量刑改革の最も有望なモデルであることを示唆するが、それは万能薬ではないし、根強い批判もあり、更に注意深い検討を要する、と。⁽⁷³⁾

アメリカでの量刑の決定性へ向う動きを今一度ふり返ってみると、出発点で十分の配慮が欠如していたことがうかがわれる。よりよく決定性をもった刑罰という考えが一九七〇年代に様式化されることになったとき、立法者は立法府が好ましい規準作成の場であるのかどうか、起草者適性はどうかということに十分の検討を加える余裕もないほど性急であった。決定性をもった量刑システムの第一世代（定期量刑システム）（カリフォルニア、イリノイ、インディアナ）は、それらの欠陥を露呈した。後では、改革者をもっと慎重になり、立法的固定以外の方式が試みられた。明白且つ論理一貫した正当化根拠を確定することの重要性が理解され始めた。規準を作成することに関連する技術的諸問題にも多くの考慮が加えられた。そして、言わば第二世代の改革努力（推定的量刑システム）（オレゴンのパロール指針およびミネソタの量刑委員会指針等）は、一般により高い評価を受けることになった。⁽⁷⁴⁾

このように、実効的で決定性をもった量刑システムでしかも公正なものを確立することは、錯綜した仕事であることが理解される。諸外国の、殊にアメリカの量刑改革の論議からは多くの教訓を学び取ることができるが、何れのシ

システムをとってみても、基本的な前提条件の充足が本来的には必要であり、量刑指針（規準）方式についても、再々次のことが忘れられてはならない。即ち、規準の作成者は、相当の適格性を要し、必要な時間と労力とを捧げる意思があり、際立った批判的精神を有する必要がある。その規準は、論理一貫した正当化根拠を反映するものでなければならず、正義・公正の要求および限られた行刑源資に相応した制裁を規定するものでなければならぬ。作成された規準は、その適用者に対して十分注意深く説明されねばならない。更に、規準の実施・運用は継続的に監視されねばならない。⁽³⁾

注

- (1) H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility* 1 (1968). 刑罰について道義的に受容可能な説明は、明白な原理と一部衝突する原理との間の妥協として表示されねばならぬと論ずる。H. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 36 (1968). 応報刑論と抑止刑論とは殆ど普遍的に両立できなことを示されるを指摘する。See C. J. Ogletree, "The Death of Discretion?", 101 *Harv. L. Rev.* 1938, 1940 (1988).
- (2) 例えば、出エシメント記第二章二四・二五段、第二章一段等。
- (3) ヴァカリーン『犯罪と刑罰』二三章。
- (4) Thomas, "Sentencing Guidance", 控訴裁判所刑事部は指針刑 (guideline sentence) の形で量刑原理を展開してきたと主張する。Cited in A. von Hirsch, "Numerical Grids of Guiding Principles?", in *The Sentencing Commission and Its Guidelines*, edited by Hirsch et al., 51 (1987). See R. v. Billam [1986] 1 All E. R. 985.
- (5) Hirsch, *supra* note 4, at 51; Ashworth, "Techniques of Guidance on Sentencing", 1984 *Criminal Law Review* 519.
- (6) Thomas, *Principles of Sentencing*, 14—15 (1979), cited in Hirsch, *supra* note 4.
- (7) Hirsch, *id.* at 51—52.

- (8) *Id.* at 52.
- (9) *Id.*
- (10) 井田良「量刑事情の範囲とこの帰責原理に関する基礎的考察」(『法学研究五五卷一〇号以下参照。視点、範囲はやや違ふ。Cf. Bruns, *Strafzumessungsrecht* (1967). をや古い比較法的文献として次のものを参照。L. Schmidt, *Die Strafzumessung in rechtsvergleichender Darstellung* (1961).
- (11) あらゆる概念が構想され、既存のあらゆる概念が検討されているが、その過程も結果としての所産およびその運用方針も旧態依然たる域を脱してはいない。むしろ脱皮を拒否しているとも言える。その背後には個人の倫理的幻想と心理との深い結びつきが隠れられているというところを指摘されて久しいが認知されている。
- (12) 『ドイツ刑法』(法曹会、昭五十七年)。
- (13) Cf. Bruns, *Das Recht der Strafzumessung* (1985); Baumann=Weber, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. (1985); Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil* (1978).
- (14) Hirsch, *supra* note 4, at 53.
- (15) 実証とつらつとが一般に不当と間違っているところをうたっている。所謂「実証主義」には不適當な不公正な影が暗々裡にひびきかかっている。
- (16) A. von Hirsch, "Neoclassicism, Proportionality, and the Rationale for Punishment", 29 *Crime & Delinquency* 52 (1983).
- (17) The Penal Code of Finland (The American Series of Foreign Penal Codes 27), chap. 6, § 1.
- (18) A. von Hirsch, *Past or Future Crimes* Hirsch, *supra* note 4, at 54.
- (19) Hirsch, *supra* note 4, at 54.
- (20) 委員会の建議は提議者の11人の持論の中心で概ね一致する。Hirsch, *id.* at 54-55; A. von Hirsch, "Principles for Choosing Sanctions", 13 *New England J. on Criminal & Civil Confinement* 171 (1987); A. von Hirsch, "Guiding Principles for Sentencing", 1987 *Crim. L. Rev.* 746.
- (21) Proposed chap. 33, sec. 5 in Hirsch, *supra* note 4, at 55.

- (22) Hirsch, id.
- (23) Proposed chap. 31, sec10; Hirsch, id.
- (24) Hirsch, id. at 55-56.
- (25) Id. at 57-et seq.
- (26) 上の要件は諸国の事情により多少であろう。官僚的管理、階層構造の強弱、裁判官の地位・選任方法等の要因が働く。マシ・ローの法統下の公判裁判官に独自の実務慣行に従う傾向があるとも言われる。
- (27) Hirsch, supra note 4, at 58-59.
- (28) Cf. Singer & Hand, "Sentencing Computation", 10 Crim. L. Bull. 318 (1974); O'Leary et al., "Contemporary Sentencing Proposals", 11 Crim. L. Bull. 555 (1979); J. C. Coffee, "The Repressed Issues of Sentencing", 66 Georgetown L. J. 975 (1978); J. C. Coffee, "The Future of Sentencing Reform", 73 Michigan L. Rev. 1361 (1975); W. Zumbal, "The Anarchy of Sentencing in the Federal Courts", 57 Judicature 96 (1973).
- (29) A. von Hirsch, "The Sentencing Commission's Functions", in "The Sentencing Commission and Its Guidelines, eds. Hirsch et al., 3 (1987); Marvin E. Frankel & L. Orland, "Sentencing Commissions and Guidelines", 73 Georgetown L. J. 225 (1984).
- (30) Cf. Williams v. New York, 337 U. S. 241, 69 S. Ct. 1079, 1083-84 (1949).
- (31) 不定期量刑の沿革をめぐっての論議。Dershowitz, "Indeterminate Confinement", 123 U. Pa. L. Rev. 297, 304-15 (1975); Prettyman, "The Indeterminate Sentence and The Right to Treatment", 11 Am. Crim. L. Rev. 7, 13-17 (1972); Lewis, "The Indeterminate Sentence", 9 Yale L. J. 17 (1899).
- (32) Cf. Hirsch, supra note 29, at 3. 個別化は犯罪ないし犯人によるよりはむしろ裁判官に依存する、という事態が起った。Frankel & Orland, supra note 29, at 226. 「刑を量定するための規準は存在しなかったし、あるいは更に悪いことには、裁判官席に見出される偏見と個人的哲学のスペクトラムと同じほど不一致であり、多様であった。それは法の支配の構想とは正反対の体制であった。」Id. at 226-7.
- (33) 一九六二年の模範刑法典はなお不定期量刑の形式を反映しつつある。Model Penal Code, Proposed Official Draft 1962.

See H. Wechsler, "The Model Penal Code and the Codification of American Criminal Law", *Essays in Honour of Radzinowicz*, 419 (1971); Wechsler, "Codification of Criminal Law in the U. S.", 68 *Colum. L. Rev.* 1425 (1968).

(15) See, e. g. F. Allen, *The Decline of the Rehabilitative Ideal* (1981); A. von Hirsch, *Doing Justice* 14-18 (1976); Project, "Parole Release Decisionmaking and the Sentence Process", 84 *Yale L. J.* 110 (1975).

(16) Hirsch, *supra* note 29, at 3-4.

(16) Allen, *supra* note 34, at 11-20.

(17) Hirsch, *Doing Justice*, 彼の「処遇の権利」受刑者の入権をめぐり多数の文献参照。

(18) Hirsch, *supra* note 29, at 4. See also (Hirsch, *Past or Future Crimes*); R. G. Singer, "In Favor of 'Presumptive Sentences' Set by a Sentencing Commission", 24 *Crime & Delinquency* 401 (1978); Singer, *Just Deserts* (1979).

(19) F. W. Greenwood, *Selective Incapacitation* (1982). Cf. Note, "Selective Incapacitation", 96 *Harv. L. Rev.* 511 (1982); B. Forst, "Selective Incapacitation", 68 *Judicature* 153 (1984).

(20) Hirsch, *supra* note 29, at 4.

(21) *Id.* at 4; M. E. Frankel, "Lawlessness in Sentencing", 41 *U. Cin. L. Rev.* 1 (1972).

(22) Frankel, *id.*; Hirsch, *Doing Justice* 27~.

(23) Cf. K. A. Knapp, "Structured Sentencing", 72 *Judicature* 46 (1988); A. von Hirsch & K. Hanrahan, "Determinate Penalty Systems in America", 1981 *Crime & Delinquency* 289; Ogletree, *supra* note 1; Hirsch, *supra* note 29, at 5~.

(24) M. Davies, "Determinate Sentencing Reform in California and Its Impact on the Penal System", 25 *British J. of Criminology* 1 (1985).

(25) Hirsch & Mueller, "California's Determinate Sentencing Law", 10 *New England J. on Crim. & Civ. Conf.* 253 (1984); Hirsch, *supra* note 29, at 5.

- (46) Hirsch, *supra* note 29, at 5.
- (47) A. von Hirsch, "The New Indiana Sentencing Code: Is It Indeterminate Sentencing?" in *An Anatomy of Criminal Justice*, eds. by Foust & Webster 143 (1980); Hirsch, *supra* note 29, at 6.
- (48) Hirsch & Hanrahan, *supra* note 43, at 300.
- (49) *Id.*
- (50) 刑期の長期化が何故いかなにかについては議論があるが、これは経局不釣合に厳しい制裁を加えることは公正でない。
→ *supra* note 48. Cf. Hirsch, *Doing Justice*.
- (51) E. L. Taylor, "In Search of Equity: The Oregon Parole Matrix", 43 *Federal Probation* 52 (1979); M. R. Gottfredson, "Parole Board Decision Making", 70 *J. Crim. L. & Crimi.* 77 (1979).
- (52) Cf. K. F. Schuessler, "Parole Prediction: Its History and Status", 45 *J. Crim. L., Crimi. & P. S.* 425 (1954).
- (53) 例えは「カリフォルニア」「イリノイ」「インディアナ」「ミネソタ」「ワシントン」など。
- (54) 例えは「シエラネバダ」「フロリダ」「マリー・モータ」「ネブラスカ」「オクラホマ」など。 Cf. Hirsch & Hanrahan, *supra* note 43, at 309; Stone-Meierhoefer & Hoffman, "Presumptive Parole Dates", 46 *Federal Probation* 41 (1982). See also Project, *supra* note 34; G. W. Johnson, "The Board of Prison Terms and Paroles", 51 *Washington L. Rev.* 643 (1976).
- (55) Hirsch & Hanrahan, *supra* note 43, at 309-10.
- (56) Cf. Hoffman & Stover, "Reform in the Determination of Prison Terms", 7 *Holstra L. Rev.* 89 (1978).
- (57) Hirsch & Hanrahan, *supra* note 43, at 310.
- (58) 幾年かにわたって展開された「コントロール諸指針」は、異質的なものの集まりであると評される。オレゴンの指針や連邦システムは、論理一貫した正当化根拠を反映し、裁量を構造化する方向で努力が見られるが、外にはそれらと比肩し得るような内容をもったものがない。 *Id.* at 312.
- (59) See M. Tonry, "Sentencing Guidelines and Their Effects", in *The Sentencing Commission and Its Guidelines*, eds. by Hirsch et al. 17 (1987); Singer, *supra* note 38.

- (60) Frankel, *supra* note 41. 々の考え方は、同年の Criminal Sentences に関する推し広げられた。See also Frankel & Orland, *supra* note 29.
- (61) See Ogletree, *supra* note 1; Reznick, "The New Federal Criminal Sentencing Provisions", 22 Am. Cr. L. Rev. 785 (1985). 尚、林幹人「合衆国連邦量刑法の改正」(警研五七・一〇・一七)、岡部泰昌「アメリカ連邦刑事法改正の概要」(判々五四一・一二) 参照。
- (62) それ以外に段階的 (step-by-step) 型式も考えられる。Hirsch, *supra* note 29, at 9.
- (63) Greenwood, *supra* note 39.
- (64) Hirsch, *supra* note 29, at 10.
- (65) *Id.*
- (66) 最近、混成的量刑原理が論議を喚起した。P. H. Robinson, "Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sentences", 82 Northwestern U. L. Rev. 19 (1987). 量刑目的の重要性を強調するものがある。P. A. Ozanne, "Bringing the Rule of Law to Criminal Sentencing", 13 Loyola U. L. J. 721 (1982).
- (67) Hirsch, *supra* note 29, at 11.
- (68) *Id.* at 14.
- (69) 諸州の指針の詳細およびその経験等については別の機会に譲られる。
- (70) Knapp, *supra* note 43, at 47; Tonry, *supra* note 59, at 18 et seq.
- (71) Knapp, *supra* note 43, at 48.
- (72) Cf. Note, "The United States Sentencing Commission", 55 Ind. L. J. 117 (1979); Note, "The Constitutional Infinites of The United States Sentencing Commission", 96 Yale L. J. 1363 (1987); C. J. Lowe, "Modern Sentencing Reform", 25 Am. Cr. L. Rev. 1 (1987).
- (73) Knapp, *supra* note 43, at 46.
- (74) Hirsch & Hanrahan, *supra* note 43, at 315-16.
- (75) 尚、量刑目的をめぐる論議、量刑の現状の分析と評価等については、別の機会に譲られる。